

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

- VOB/B § 16 A;
ZPO § 264 Nr. 1

BGH, Urt. v. 21. Februar 1985 - VII ZR 160/83 - OLG Nürnberg
 LG Nürnberg-
 Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 160/83

URTEIL

Verkündet am: 21. Februar 1985
Werner, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Heizungs- und Sanitärinstallateurs Erhard B.,
B., R.,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma Irmgard Ku GmbH, vertreten durch
die Geschäftsführerin Irmgard Ku,
Ge Straße, N.,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

6

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 15. März 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger übernahm mit Vertrag vom 14. April 1981 für ein Bauvorhaben der Beklagten den Einbau der Heizungs- und Sanitäranlagen. Es wurde ein Pauschalpreis von 330.000,- DM vereinbart und die VOB/B für maßgebend erklärt.

Nach teilweiser Ausführung der Arbeiten forderte der Kläger, der bei Beginn der Arbeiten bereits eine Anzahlung von 100.000,- DM erhalten hatte, mit Rechnungen vom 2. und 15. Dezember 1981 Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 72.000,- DM. Da die Beklagte nicht



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zahlte, machte er diesen Anspruch (nebst Mahnauslagen, Bankspesen und Zinsen) mit der am 26. Januar 1982 erhobenen Klage geltend.

Am 5. Februar 1982 kündigte die Beklagte den Vertrag; mit der Fortführung der Arbeiten beauftragte sie einen anderen Unternehmer. Der Kläger legte daraufhin unter dem 3. Mai 1982 eine "Abrechnung-Sanitär" über 52.288,80 DM und eine "Abrechnung-Heizung" über 92.813,27 DM sowie 4 weitere Rechnungen u.a. über entgangenen Gewinn von 58.626,76 DM vor. Außerdem übersandte er der Beklagten am 16. September 1982 ein "Aufmaß-Heizung" vom 18. Juli 1982 mit einer Gesamtsumme von 92.853,27 DM sowie ein "Sanitär-Aufmaß" vom 16. Juli 1982 mit einer Gesamtsumme von 55.707,14 DM. Den entgangenen Gewinn errechnet er nunmehr mit 61.020,- DM.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter, den er im Berufungsverfahren auch auf die erstellten Abrechnungen gestützt hat.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, mit Übersendung der inzwischen erstellten Schlußrechnung erlösche grundsätzlich der Anspruch des Klägers auf Abschlagszahlung. Eine davon abweichende Vereinbarung

hätten die Parteien nicht getroffen, auch wäre eine Fortdauer des Anspruchs nicht mit Sinn und Zweck der vertraglichen Regelung vereinbar. Die vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren vorgenommene Umstellung auf die Schlußrechnung sei eine Klageänderung, weil die Klageforderung auf eine andere Grundlage mit völlig neuer Berechnung gestellt werde. Diese Klageänderung sei nicht zulässig. Ihr habe die Beklagte ausdrücklich widersprochen. Sie sei auch nicht sachdienlich, weil nunmehr neuer Streitstoff geprüft werden müsse und der Beklagten dadurch eine Tatsacheninstanz verloren ginge.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht nimmt allerdings mit Recht an, daß der Anspruch des Klägers auf Abschlagszahlung nicht mehr begründet ist.

a) Die Frage, ob dem Auftragnehmer nach beendetem Vertrag oder nach erteilter Schlußrechnung ein Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B gegen den Auftraggeber zusteht, ist umstritten. Einerseits wird die Auffassung vertreten, in solchen Fällen habe der Auftragnehmer nur einen Anspruch auf Vergütung gemäß Abrechnung, der Anspruch auf Abschlagszahlung gehe unter (vgl. OLG Celle OLGZ 1975, 320; OLG Köln BauR 1973, 324; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 16 Rdn. 29; Kiesel, VOB/B, § 16 Rdn. 6; Locher, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdn. 201; Nicklisch/Weick, VOB/B, § 16 Rdn. 25; vgl. auch Hochstein BauR 1971, 7, 17; 1973, 326). Andererseits wird angenommen, eine vor Vertragsbeendigung oder erteilter

Schlußrechnung erhobene Klage auf Abschlagszahlung werde aufgrund dieser Umstände nicht unbegründet (vgl. OLG Bremen OLGZ 1980, 217 = BauR 1980, 579; Ingenstau/Korbion aaO; Kiesel aaO; Locher aaO; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdn. 872). Dies soll jedoch nur dann gelten, wenn der klagende Auftragnehmer zur Weiterarbeit bereit und ein zweiter Unternehmer noch nicht mit der Fertigstellung der Arbeiten beauftragt (vgl. Heiermann/Riedl/Schwaab, Handkommentar zur VOB, 3. Aufl., B § 16 Rdn. 46; Hochstein BauR 1971, 7, 17) oder das Vertragsverhältnis noch nicht durch Kündigung beendet worden ist (vgl. Ingenstau/Korbion aaO).

b) Der Senat hat in NJW 1981, 1448, 1449 offen gelassen, ob der Auftragnehmer trotz Erteilung der Schlußrechnung noch eine Abschlagszahlung verlangen kann. Er braucht auch jetzt diese Frage nicht allgemein zu entscheiden. Denn der Auftragnehmer hat jedenfalls dann keinen Anspruch auf Abschlagszahlung, wenn - wie im Streitfall - der Auftraggeber den Vertrag gekündigt und der Auftragnehmer daraufhin die Schlußrechnung erstellt hat.

Die in § 16 Nr. 1 VOB/B geregelte Abschlagszahlung bezweckt, den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer zu entlasten und die gerade bei Bauleistungen mit der Vorfinanzierung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen (vgl. OLG Celle OLGZ 1975, 320, 322; Heiermann/Riedl/Schwaab aaO B § 16 Rdn. 9; Hochstein BauR 1973, 326, 327). Ist der Vertrag durch eine Kündigung des Auftraggebers beendet worden, braucht der Auftragnehmer - von Mängelbeseitigung abgesehen

(vgl. BGH NJW 1983, 2439, 2440 m.N.) - weitere Leistungen nicht mehr zu erbringen; auch seine Vorleistungspflicht entfällt. Dann aber besteht kein Grund, den von weiterer Leistungsverpflichtung freigewordenen Auftragnehmer durch Zubilligung eines Anspruchs auf Abschlagszahlung besonders zu schützen (vgl. OLG Celle aaO). Vielmehr hat der Auftragnehmer nunmehr die Möglichkeit, die Schlußrechnung zu erstellen und seinen Zahlungsanspruch in dem durch die Kündigung eingeleiteten Schlußabrechnungsverfahren weiter zu verfolgen.

Das ist auch interessengerecht. Der den Vertrag kündigende Auftraggeber ist daran interessiert, möglichst bald mit dem Auftragnehmer abrechnen und dabei etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen zu können. Dürfte ihn der Auftragnehmer zunächst auf eine Abschlagszahlung in Anspruch nehmen, würde die Schlußabrechnung zu Lasten des Auftraggebers unnötig verzögert. Demgegenüber erfordert das Interesse des Auftragnehmers nicht, nach Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber für seine Leistung erst eine - bei der Schlußabrechnung ohnedies zu berücksichtigende - Abschlagszahlung verlangen zu können. Ihm ist zuzumuten, zur gebotenen raschen Abwicklung des Vertragsverhältnisses nunmehr umgehend die Schlußrechnung zu erstellen und einen bereits fällig gewordenen Anspruch auf Abschlagszahlung in den dann alsbald fällig werden- den Anspruch auf Schlußzahlung aufzunehmen und als Teil dieses Zahlungsanspruchs geltend zu machen. Ob auch bei gekündigtem Vertrag ausnahmsweise ein etwaiges unbestrittenes Guthaben als Abschlagszahlung verlangt werden kann (vgl. § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 VOB/B; so

Ingenstau/Korbion aaO m.W.N.; Nicklisch/Weick aaO), kann offen bleiben. Denn hier ist kein solches Gut-haben unstreitig.

2. Steht dem Kläger nach Kündigung des Vertrags durch die Beklagte ein Anspruch auf Abschlagszahlung nicht mehr zu, kann er - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - den Klageanspruch doch auf die während des Rechtsstreits vorgelegte Schlußrechnung stützen und als Anspruch auf Schlußzahlung weiterverfolgen. Denn die vom Kläger im Berufungsverfahren vorgenommene "Umstellung auf die Schlußrechnung" ist nach § 264 Nr. 1 ZPO, der gemäß § 523 ZPO auch im zweiten Rechtszug gilt, nicht als Klageänderung anzusehen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist sie daher zulässig.

Der Übergang vom Anspruch auf Abschlagszahlung zum (Teil-) Anspruch auf Schlußzahlung wäre nur dann eine Klageänderung nach § 263 ZPO, wenn dadurch der Klagegrund geändert worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ob eine Änderung des Klagegrundes vorliegt, beurteilt sich nach dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt (vgl. Senatsurteil vom 4. Oktober 1984 - VII ZR 162/83 = BauR 1985, 112, 113 = WM 1984, 1653). Da sich der Anspruch des Klägers auf Abschlagszahlung ebenso wie der Anspruch auf Schlußzahlung aus der Errichtung des Bauwerks ergibt, auf das sich der mit der Beklagten abgeschlossene Werkvertrag bezieht, ist der beiden Ansprüchen zugrundeliegende Lebenssachverhalt derselbe (vgl. Hochstein BauR 1973, 326, 328). Der Kläger konnte deshalb - da sich der Klagegrund

nicht geändert hat - nach der von der Beklagten während des Rechtsstreits ausgesprochenen Kündigung des Vertrags gemäß § 264 Nr. 1 ZPO sein tatsächliches Vorbringen ergänzen und statt der ursprünglich geforderten Abschlagszahlung nunmehr einen Teil der Schlußzahlung fordern. Dieser auf §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB gestützte Anspruch stellt eine einheitliche Forderung dar, weshalb eine Aufteilung des Teilbetrages auf die einzelnen Posten nicht erforderlich ist, wie die Revisionserwiderung meint.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine entsprechende Umstellung des Klageantrags demnach zulässig, ohne daß die Beklagte zustimmen oder das Gericht sie für sachdienlich erachten müßte. Im übrigen stünde es auch der Sachdienlichkeit einer Klageänderung i.S. des § 263 ZPO nicht entgegen, daß der Beklagten eine Tatsacheninstanz verloren geht (vgl. zuletzt Senatsurteil BauR 1985, 112, 113 = WM 1984, 1653 m.N.).

3. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Walchshöfer

Quack